

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110043-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

## Urteil vom 10. August 2011

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

**B1. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und Rechtsanwältin Dr. iur. Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach vom 17. März 2011 (EO100005)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt / Prozessuales

1.1. Der Hintergrund und die Ausgangslage des Prozesses können der angefochtenen Verfügung (act. 46 S. 4 f.) entnommen werden. Im Sinne einer Rekapitulation Folgendes:

1.2. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in U.\_\_\_\_\_. Sie hält eine Beteiligung von rund 47% an der Beklagten. Die Beklagte ist die Konzernobergesellschaft des B.\_\_\_\_\_-Konzerns, welcher in V.\_\_\_\_\_ Präzisions-Werkzeugmaschinen herstellt, und Muttergesellschaft sowie Alleinaktionärin der B2.\_\_\_\_\_  
AG. Auseinandersetzungen zwischen den Parteien, insbesondere um die Rechte der Klägerin als Minderheitsaktionärin der Beklagten, waren bereits Gegenstand etlicher Verfahren vor der Kammer und dem Handelsgericht. Unter anderem erhob die Klägerin im Jahr 2005 eine Auflösungsklage gegen die Beklagte, welche nach einem ersten abweisenden Urteil und einer auf Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin hin angeordneten Rückweisung durch das Kassationsgericht mit Urteil vom 21. Januar 2011 (Geschäfts-Nr. HG090234) abgewiesen wurde (act. 56/1). Eine gegen dieses Urteil eingereichte Beschwerde der Klägerin vom 7. März 2011 ist beim Bundesgericht hängig (act. 47 FN 3). Weiter erhob die Klägerin unter anderem am 20. Juli 2006 beim Bezirksgericht Bülach eine Auskunftsklage, um von der Beklagten ergänzende Auskünfte zu verschiedenen Themen erhältlich zu machen. Mit Verfügung vom 28. Februar 2007 verpflichtete das Bezirksgericht Bülach die Beklagte, der Klägerin eine ergänzende Auskunft zum Themenkomplex C.\_\_\_\_\_  
Darlehen (dazu sogleich) zu erteilen; die weiteren von der Klägerin beantragten Auskünfte wies es ab, soweit es darauf eintrat, oder schrieb sie als gegenstandslos geworden ab. Den dagegen erhobenen Rekurs der Klägerin hiess die Kammer mit Beschluss vom 13. September 2007 (Geschäfts-Nr. NL070045) teilweise gut und verpflichtete die Beklagte zu zusätzlichen Auskünften (vgl. auch Beschluss der Kammer betreffend Vollstreckung, Geschäfts-Nr. NL080020). Im Jahr 2007 initiierte die Klägerin sodann bei der Vormundschaftsbehörde V.\_\_\_\_\_  
ein Verfahren betreffend Verbeiständung der Beklagten zwecks

Unterbrechung der Verjährung allfälliger Ansprüche aus Verantwortlichkeit gegenüber den Organen der B2.\_\_\_\_\_ AG. Die Vormundschaftsbehörde bestellte eine Beiständin. In Gutheissung des seitens der Beklagten gegen diese Massnahme erhobenen Rekurses hob der Bezirksrat die Beistandschaft auf. Auf einen dagegen gerichteten Rekurs der Klägerin trat die Kammer mit Beschluss vom 24. Januar 2008 nicht ein (Geschäfts-Nr. NX080001).

1.3. Auch der vorliegende Prozess wurzelt im sogenannten C.\_\_\_\_\_ Darlehen. Dabei geht es um die Beteiligung der B2.\_\_\_\_\_ AG an der Finanzierung der Marken- und Lizenzrechte C.\_\_\_\_\_, eines Fashionlabels für Reisegepäck und Bekleidung. Ursprünglich wurden die C.\_\_\_\_\_ -Produkte von einer C.\_\_\_\_\_ GmbH vermarktet, deren finanzielle Schwierigkeiten 1998 in einen Konkurs mündeten. Die finanzielle Beteiligung der B2.\_\_\_\_\_ AG erfolgte über die D.\_\_\_\_\_ AG in W.\_\_\_\_\_, deren statutarischer Zweck in erster Linie der Handel und Vertrieb von Früchten, Schalenfrüchten und Nüssen aller Art ist, mittels als Darlehen gewährter Zahlungen. Insgesamt flossen offenbar rund Fr. 45 Mio. seitens der B2.\_\_\_\_\_ AG in das C.\_\_\_\_\_ -Geschäft. Stein des Anstosses für die Klägerin ist, dass die B2.\_\_\_\_\_ AG in den Jahren 2001 und 2003 gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG im Umfang von insgesamt EUR 9'893'812.– beziehungsweise mehr als Fr. 15.1 Mio. auf Rückzahlung verzichtete (act. 1 N 6 ff.; act. 9 N 18 ff.; act. 15 N 6 ff.; act. 47 N 5; act. 69 N 3, 5 f.).

1.4. Am 26. Januar 2010 gelangte die Klägerin an die Vorinstanz, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach, und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es sei für die B1.\_\_\_\_\_ AG ein Sachwalter nach Art. 731b OR zu ernennen mit der Aufgabe, namens der Gesellschaft als Aktionärin der B2.\_\_\_\_\_ AG Ansprüche gegen deren Mitglieder des Verwaltungsrates sowie mit der Geschäftsführung befassten Personen zu prüfen, zu sichern und in geeigneter Weise geltend zu machen, nötigenfalls Klagen (im Sinne Art. 678 oder Art. 754 OR) bis zum rechtskräftigen Abschluss zu führen, basierend auf der Tatsache, dass diese Personen namens der B2.\_\_\_\_\_ AG auf eine Forderung aus angeblicher Darlehenshingabe im Betrag von EUR 9'893'812.-- gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG verzichtet haben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

1.5. Zur Begründung führte die Klägerin aus, die gewährten Forderungsverzichte auf den als Darlehen deklarierten Zahlungen hätten zu einem Schaden der B2.\_\_\_\_\_ AG in Millionenhöhe geführt, denn (mindestens) der Betrag von Fr. 15.1 Mio. sei definitiv verloren. Obwohl es im Interesse sowohl der Tochter- als auch der Muttergesellschaft läge, die verantwortlichen Personen zur Rechenschaft zu ziehen, geschehe nichts in dieser Richtung, weil der Verwaltungsrat der Beklagten in dieser Frage in einem Interessenkonflikt gefangen sei (act. 1 N 6 ff.; act. 15 N 4 ff.; act. 47 N 4 ff.).

1.6. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass bei der Beklagten kein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR vorliege und wies die Klage mit Verfügung vom 17. März 2011 ab (act. 46). Dabei auferlegte sie die auf Fr. 20'000.-- festgesetzte Gerichtsgebühr der Klägerin und verpflichtete diese, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- zu bezahlen (act. 46 S. 27 f.).

1.7. Dagegen erhob die Klägerin am 1. April 2011 rechtzeitig Berufung mit den folgenden Anträgen (act. 47 S. 2):

- "1. Es sei für die B1.\_\_\_\_\_ AG ein Sachwalter nach Art. 731b OR zu ernennen mit der Aufgabe, namens der Gesellschaft als Aktionärin der B2.\_\_\_\_\_ AG Ansprüche gegen deren Mitglieder des Verwaltungsrates sowie mit der Geschäftsführung befassten Personen zu prüfen, zu sichern und in geeigneter Weise geltend zu machen, nötigenfalls Klagen (im Sinne Art. 678 oder Art. 754 OR) bis zum rechtskräftigen Abschluss zu führen, basierend auf der Tatsache, dass diese Personen namens der B2.\_\_\_\_\_ AG auf eine Forderung aus angeblicher Darlehenshingabe im Betrag von EUR 9'893'812.-- gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG verzichtet haben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, sowohl (in Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Entscheids) für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Verfahren vor Obergericht."

1.8. Nachdem die Klägerin den ihr auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens rechtzeitig geleistet hatte (act. 51), wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 52). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort innert der 10-tägigen Frist am 17. März 2011 (act. 54). Diese Eingabe wurde der Klägerin am 23. März 2011 zugestellt (act. 57). Die Klägerin erstattete – wie sie mit Schreiben vom 26. Mai 2011 angekündigt hatte

(act. 58) – mit Eingabe vom 10. Juni 2010 unaufgefordert Replik (act. 59 f.), welche der Beklagten am 15. Juni 2010 zugestellt wurde (act. 61). Der mit Eingabe vom 24. Juni 2011 gestellte, prozessuale Antrag der Beklagten, die Eingabe der Klägerin vom 10. Juni 2010 sei wegen Verspätung aus dem Recht zu weisen (act. 62), wurde mit Verfügung vom 28. Juni 2011 abgewiesen (act. 65). Die Klägerin nahm am 21. Juli 2011 zu neuen Vorbringen der Beklagten Stellung (act. 69). Die Sache ist spruchreif.

1.9. Die angefochtene Verfügung datiert vom 17. März 2011; sie wurde somit nach dem 1. Januar 2011, dem Tag des Inkrafttretens der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) eröffnet. Daher richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO), einschliesslich des neuen Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (GOG). Für den Prüfungsrahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens ist gleichwohl massgeblich, ob die Vorinstanz das auf ihr Verfahren anwendbare Recht (ZPO/ZH und GVG) richtig angewendet hat. Im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz ist § 206 GOG zu beachten, wonach Zivilverfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes erstinstanzlich hängig sind, vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt werden. Nach dem Beschluss des Kantonsrates vom 7. Januar 2008 über die Bezeichnung der zuständigen Instanzen gemäss Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 (LS 211.51) entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren an den Bezirksgerichten über die erforderlichen Massnahmen in der Organisation der Aktiengesellschaft gemäss Art. 731b OR. Die Vorinstanz war somit zum Entscheid in der prozessual alt-rechtlichen Sache noch zuständig (vgl. demgegenüber neu Art. 250 lit. c ZPO in Verbindung mit § 45 lit. c GOG, wonach der Präsident oder das von ihm bezeichnete Mitglied des Handelsgerichts als einzige Instanz und als Einzelgericht Streitigkeiten der vorliegenden Art mit einem Streitwert von mindestens Fr. 30'000.– entscheidet). Der Grundsatz der *perpetuatio fori* (Weiterbestehen einer einmal begründeten Zuständigkeit) erstreckt sich auch auf den Rechtsmittelzug. Der vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Art. 308 Abs. 2 ZPO ist gegeben (vgl. Ziff. 3 unten). Die Berufung ist zulässig.

1.10. Die Parteien halten im Berufungsverfahren im Wesentlichen an ihren im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Argumenten fest. Für die Sachdarstellung der Parteien vor Bezirksgericht sei auf die angefochtene Verfügung verwiesen (act. 46 S. 6-12). Auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren (act. 47, 54, 59, 62, 69) wird - soweit für die Entscheidungsfindung massgebend - im Folgenden eingegangen.

## 2. Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR

2.1. Die Vorinstanz stellt ihren Erwägungen voran, mit der Inkraftsetzung von Art. 731b OR per 1. Januar 2008 hätten die Anwendungsfälle gegenüber dem alten Recht nicht erweitert werden, sondern lediglich das Vorgehen vereinheitlicht werden sollen. Organisationsmängel im Sinne von Art. 731b OR seien sowohl das gänzliche Fehlen eines notwendigen Organs als auch Mängel in der rechtmässigen Zusammensetzung. Zu den Fällen der nicht mehr rechtmässigen Zusammensetzung werde auch der Fall gezählt, dass ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ nicht mehr handlungsfähig sei, so zum Beispiel wenn aufgrund einer andauernden Pattsituation im Verwaltungsrat die Führung der Gesellschaft dauerhaft unmöglich geworden sei. Bei allen diesen Konstellationen würden Normen verletzt, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden seien und auch dem Verkehrsschutz dienen. Aus diesem Grund unterliege das Klagerecht der aktivlegitimierten Person auch keiner Befristung (act. 46 S. 12 f.).

2.2. Die angefochtene Verfügung setzt sich sodann im Einzelnen mit der Argumentation der Klägerin auseinander:

2.2.1. Seien Doppelorganschaften im Konzern grundsätzlich zulässig, könnten die Interessenkonflikte, welche im Rahmen von Doppelorganschaften aufträten, an sich keinen Organisationsmangel darstellen, da ansonsten die Leitung eines Konzerns verunmöglicht würde. Angesichts dieser Ausgangslage könne es sicherlich auch nicht zu einem Organisationsmangel führen, wenn ein Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft (Klägerin) bei der Tochtergesellschaft gewisse Aufgaben erfülle, wie dies bei E.\_\_\_\_\_ bzw. F.\_\_\_\_\_ der Fall zu sein scheine.

2.2.2. Es bestehe die Möglichkeit, dass eine Verflechtung der Interessen von Mutter- und Tochtergesellschaft für den Entscheid der Beklagten, nicht gegen die Verantwortlichen der B2.\_\_\_\_\_ AG vorzugehen, mitentscheidend sei. Allerdings könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass dafür andere Gründe ausschlaggebend seien. In Betracht kämen hierbei insbesondere eine allfällige drohende Rufschädigung für die Beklagte und ihre Tochtergesellschaft bei Anhandnahme einer solchen Verantwortlichkeitsklage, eine andere Einschätzung der Sachlage (gemäss ihren Stellungnahmen gehe die Beklagte davon aus, dass der teilweise Verzicht auf die Rückzahlung der Darlehen lediglich eine "Wertberichtigung" darstellt habe) sowie das Vermeiden des zeitlichen wie auch finanziellen Aufwandes und des Prozessrisikos, welches bei einem solchen Prozess anfalle. Schliesslich sei anzumerken, dass in der Lehre die Ansicht vertreten werde, die herrschende Gesellschaft als Allein- oder Hauptaktionärin könne in der Regel gar keine Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft stellen. Dies werde damit begründet, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft regelmässig auf Anordnung der Muttergesellschaft hin, respektive in Ausübung des ihr vorgegebenen Konzernkonzeptes gehandelt habe, so dass der Grundsatz *volenti non fit iniuria* ein Vorgehen der herrschenden Gesellschaft gegen diesen Verwaltungsrat ausschliesse. Somit könne es sich bei der Entscheidung des Verwaltungsrates der Beklagten durchaus um eine möglicherweise von einer Interessenkollision nicht beeinflusste betriebswirtschaftliche Entscheidung handeln. Ob dabei der Entscheid, auf das Führen eines solchen Prozesses zu verzichten, aufgrund einer objektiven Einschätzung als "richtig" zu bezeichnen wäre, könne und müsse offen gelassen werden, denn auch eine allfällige "Fehleinschätzung" durch den Verwaltungsrat würde sicherlich keinen Organisationsmangel darstellen.

2.2.3. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei der Verwaltungsrat der Beklagten, was die Frage der nach Ansicht der Klägerin gegenüber den Verwaltungsratsmitgliedern der B2.\_\_\_\_\_ AG einzuleitenden Verantwortlichkeitsklagen betreffe, nicht handlungsunfähig. Vielmehr entscheide sich der Verwaltungsrat der Beklagten – wie auch die Klägerin ausführe (act. 1 RN 14) – bewusst gegen eine solche Klage, wobei verschiedenste Gründe für diese Entscheidung denkbar seien. Im

Rahmen eines Verfahrens nach Art. 731b OR könne es aber nicht Aufgabe des Gerichts sein, zu überprüfen, ob wirtschaftliche Entscheidungen einer Unternehmung sinnvoll seien und andernfalls Massnahmen anzuordnen. Eine allenfalls schlechte Unternehmensführung stelle keinen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR dar.

2.2.4. Im Weiteren könne auch der Ansicht der Klägerin, dass eine Interessenkollision die Vertretungsmacht der betreffenden Organe entfallen lasse, nicht zugestimmt werden. Handelten Verwaltungsratsmitglieder von Tochtergesellschaften aufgrund eines Interessenkonfliktes gegen die Interessen der Tochtergesellschaft, so führe dies nicht zur Nichtigkeit eines solchen Entscheides. Vielmehr stünden anschliessend allenfalls mittels Verantwortlichkeitsklagen geltend zu machende Schadenersatzansprüche im Raum. Dies müsse bei Verwaltungsratsmitgliedern einer Muttergesellschaft, die aufgrund eines Interessenkonfliktes gegen die Interessen der Muttergesellschaft handelten, analog gehandhabt werden. Würde vorliegend ein Organisationsmangel angenommen, so würde der Anwendungsbe- reich von Art. 731b OR deutlich über die bisherige Rechtssprechung und den vom Gesetzgeber beabsichtigten Anwendungsbereich hinaus erweitert und unverhältnismässig in die in der Bundesverfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit eingegriffen. Soweit ersichtlich, werde ein solches Vorgehen auch in der Lehre nirgends postuliert.

2.2.5. Im Übrigen seien durch den geltend gemachten Mangel keine bedeutenden öffentlichen Interessen gefährdet, wie dies beispielsweise im von den Parteien mehrfach zitierten BGE 126 III 499 der Fall gewesen sei, in welchem gemeinnützige Stiftungen verbeiständet worden seien, deren Organe das Stiftungsvermögen nicht gesetzes- und zweckkonform verwaltet sowie aufsichtsrechtliche Anordnungen mehrmals und gravierend missachtet hätten. In BGE 126 III 499 habe das Bundesgericht die Verbeiständung juristischer Personen zudem als Notbehelf bezeichnet, welcher mit Zurückhaltung zu handhaben sei. Es könne nicht Aufgabe der Vormundschaftsbehörden beziehungsweise des Gemeinwesens sein, die Geschäftsführung von schlecht geleiteten Unternehmen und die damit verbundene Verantwortung zu übernehmen. Würde vorliegend von einem Organisationsman-

gel ausgegangen, so müsste wohl, wie von der Klägerin beantragt, ein Sachwalter eingesetzt werden, weshalb die Ausgangslage der Einsetzung eines Beistandes durchaus vergleichbar erscheine. Die anderen Alternativen seien nämlich zur Behebung des behaupteten Organisationsmangels entweder untauglich (Frist zur Behebung des Mangels) oder unangemessen (Auflösung der Gesellschaft). Die alte, in BGE 126 II 499 festgehaltene Rechtsprechung behalte auch für Verfahren nach Art. 731b OR ihre Gültigkeit. Nach dem Willen des Gesetzgebers stelle es nach wie vor grundsätzlich keine behördliche Aufgabe dar, schlecht geleitete Unternehmen und die damit verbundene Verantwortung zu übernehmen. Hätte der Gesetzgeber dies ändern wollen, so hätte er dies im Rahmen des Erlasses der neuen Bestimmung ausdrücklich tun können. Zudem könne es auch nicht Aufgabe des Gerichts sein, im Rahmen eines summarischen Verfahrens betreffend Organisationsmangel äusserst komplexe wirtschaftliche Entscheidungen bewerten zu müssen.

2.2.6. Die Vorinstanz weist schliesslich darauf hin, dass die Betroffenen eines allfälligen Fehlverhaltens von Organen einer Aktiengesellschaft über andere Möglichkeiten verfügten, um ihre Ansprüche gelten zu machen, als dies bei einer Stiftung der Fall sei. Das sogenannte C. \_\_\_\_\_-Darlehen sei eine Investition der B2. \_\_\_\_\_ AG, der Tochtergesellschaft der Beklagten, an der die Klägerin nur indirekt über den der Beklagten ausgeschütteten Beteiligungsertrag partizipiere. Die B2. \_\_\_\_\_ AG sei trotz Konzernverbund und 100%iger Beherrschung durch die Muttergesellschaft (Beklagte) eine rechtlich selbständige Gesellschaft. Aktionären der Klägerin stünden in der B2. \_\_\_\_\_ AG weder Aktionärsrechte noch Geschäftsführungsbefugnisse zu. Sollte es tatsächlich zu Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit der Gewährung eines Darlehens gekommen sein, sei es der Klägerin – wie im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2008 ausgeführt werde (act. 10/1 VI.5.1.6) – zumutbar, diese Rechtsverletzung mit den ordentlicherweise dafür zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen gegenüber den Verwaltungsratsmitgliedern der Beklagten geltend zu machen. Das Urteil des Handelsgerichts sei nicht in Rechtskraft erwachsen und das Verfahren nach einem Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich erneut vor Handelsgericht pendent. Dies ändere jedoch nichts daran, dass sich die zitier-

te Erwägung aus diesem Urteil als sachlich überzeugend erweise. Im Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 24. Januar 2008 sei im Übrigen ebenfalls ausgeführt worden, dass es in der Verantwortung der Organe der Muttergesellschaft (Beklagten) liege, allfällige Schadenersatzansprüche der Tochtergesellschaft gegenüber deren Organen zu wahren. Dafür stehe den Organen der Muttergesellschaft (Beklagten), die ihrerseits Alleinaktionärin der direkt geschädigten Gesellschaft sei, die Klage nach Art. 756 Abs. 1 OR zu Gebote. Nähmen sie diese Möglichkeit nicht wahr, könne darin eine schädigende Handlung gegenüber der Muttergesellschaft (Beklagten) liegen, weil sich etwa durch Verjährenlassen einer Forderung der Tochtergesellschaft der Wert der Beteiligung vermindere. Diese Verantwortlichkeit sozusagen der "zweiten Stufe" könne die Klägerin als Aktionärin der Muttergesellschaft (Beklagten) selbst geltend machen, wie sie dies in der Vergangenheit offenbar bereits getan habe (act. 10/6 S. 7). Im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2008 werde ferner ausgeführt, dass allfällige Substantiierungsschwierigkeiten einer Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Organe nicht mit einer Auflösungsklage umgangen werden könnten (act. 10/1 Ziffer VI.5.1.6). Dem sei zuzustimmen. Genauso wenig könnten solche Schwierigkeiten mit einem Verfahren betreffend Organisationsmangel umgangen werden. Nicht zuletzt habe auch der Bezirksrat in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2007 (act. 10/5) ausgeführt, dass die Klägerin ihre fehlende Aktivlegitimation, um mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat der B2.\_\_\_\_\_ AG vorzugehen, nicht mit der Errichtung einer Beistandschaft umgehen könne. Dies verhalte sich mit der vorliegenden beantragten Ergreifung von Massnahmen betreffend Organisationsmangel, wobei durch die Klägerin die Einsetzung eines Sachwalters beantragt werde, ebenso. Abschliessend sei anzumerken, dass Art. 731b OR auch nicht zur Umgehung der Bestimmungen betreffend Aktivlegitimation bei Verantwortlichkeitsklagen im Sinne von Art. 754 ff. OR zur Verfügung zu stellen sei. Es stelle eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar, dass ein Aktionär der Muttergesellschaft keine solche Klage gegen die Organe von deren Tochtergesellschaft erheben könne, wenn er nicht auch Aktionär der Tochtergesellschaft sei. Hingegen würde es der Klägerin offenstehen, eine solche Klage gegen die Verwaltungsräte der Beklagten zu erheben. Wie aus-

geführt, könne sie damit das Verhalten der Organe der Beklagten – insbesondere die Unterlassung der Anhandnahme von Verantwortlichkeitsklagen gegenüber den Organen der Tochtergesellschaft – rügen, welche ja gemäss Ansicht der Klägerin zu einem Verlust für die Beklagte und somit auch für deren Aktionäre führe (act. 46 S. 12 ff., 16 ff.).

2.3. Die Klägerin hält in der Berufung daran fest, dass bei der Beklagten ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR gegeben sei, weil der beklagtische Verwaltungsrat in der fraglichen Angelegenheit nicht in guten Treuen die Interessen der Beklagten wahre. Stattdessen wollten die massgebenden Verwaltungsratsmitglieder aus einer Interessenkollision heraus die Geschäftsführungsverantwortlichen der Tochtergesellschaft B2. \_\_\_\_\_ AG vor finanziellen Ansprüchen schützen, weil das schlicht und einfach sie selber seien. Dieser den Gesellschaftsinteressen der Mutter- wie auch der Tochtergesellschaft widersprechende "Selbstschutz" zeige vorliegend einen Mangel in der Organisation der Aktiengesellschaft auf. Obschon zutrefte, dass sich der Mangel nicht bereits mit einem Blick in den Handelsregisterauszug offenbare, sei eine Handlungsunfähigkeit des Verwaltungsrates gegeben, da die bestehende Interessenkollision die Vertretungsmacht des Verwaltungsrates entfallen lasse. Das Verbot der Selbstkontrahierung und der Doppelvertretung gelte auch für die Vertretungsbefugnis eines Organs. Es obliege zudem der Gesellschaft, jene Umstände anzuführen, welche gegen den Erlass der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sprächen, und die Gesellschaft habe den vollen Beweis dafür zu erbringen. Die Beklagte führe keine Umstände an, welche gegen die vorgebrachte Interessenkollision und die mit der Klage beantragte Massnahme zu deren Überwindung sprächen. Konkret bestreite die Beklagte beispielsweise, dass F. \_\_\_\_\_ den Darlehensvertrag zwischen der B2. \_\_\_\_\_ AG und D. \_\_\_\_\_ AG unterschrieben habe. Im von der B2. \_\_\_\_\_ AG bestellten Gutachten stehe allerdings explizit, der Darlehensvertrag sei unter anderem von F. \_\_\_\_\_ unterschrieben worden. Die Beklagte behaupte in jedem Verfahren, was ihr gerade nützlich erscheine, Widersprüche hin oder her. Im vorliegenden Verfahren habe sie sich entschieden zu behaupten, F. \_\_\_\_\_ habe nicht unterschrieben; wer stattdessen unterschrieben haben soll, verschweige sie indes. Die Interessenkollision bliebe damit im Dunkeln und die Vorinstanz müsse

sich mit Mutmassungen begnügen, es könne sich bei der Entscheidung des Verwaltungsrates der Beklagten um eine möglicherweise von einer Interessenkollision nicht beeinflusste betriebswirtschaftliche Entscheidung handeln. Da jedoch die Gesellschaft behauptungs- und beweispflichtig dafür sei, welche Tatsachen gegen den Erlass von Massnahmen sprächen und die Beklagte dieser Obliegenheit nicht nachkomme, sei dem in keiner Weise widerlegten Organisationsmangel in geeigneter Weise zu begegnen. Die Vorinstanz wolle die Interessenkollision damit offen lassen, der Verwaltungsrat sei nicht als handlungsfähig zu betrachten, da er sich bewusst gegen die Stellung von Verantwortlichkeitsansprüchen entscheide bzw. diese aktiv zu verhindern suche. Weder bewusst gegen die Gesellschaftsinteressen gerichtete Entscheide noch irgendwelcher Aktivismus widerlegten aber die Handlungsunfähigkeit. Gerade der aktive Widerstand des beklagischen Verwaltungsrates gegen Verantwortlichkeitsansprüche der Tochtergesellschaft belege, dass die gesetzlich vorgesehene Ordnung aufgrund der Interessenkollision versage. Die Argumentation der Vorinstanz liefere bei einem Vergleich mit anderen Schutzbestimmungen darauf hinaus, eine Person sei nicht als handlungsunfähig zu betrachten, welche sich bewusst für Verschwendung oder Misswirtschaft entscheide. Auch in jenem Fall sei es jedoch die "Schwäche des Willens", die das Erfordernis nach ordnenden Massnahmen begründe. Auf die persönliche Einschätzung der in der Interessenkollision gefangenen Person komme es dementsprechend nicht an. Unbegründet sei schliesslich die vorinstanzliche Erwägung, mit der Ernennung des Sachwalters würde es zur behördlichen Aufgabe, ein schlecht geleitetes Unternehmen zu übernehmen. Zum einen gehe es nur um die Erledigung einer detailliert bezeichneten einzelnen Angelegenheit. Die eigentliche Geschäftsführung bei der Beklagten werde durch diese Massnahme nicht tangiert. Zum anderen solle der Sachwalter mögliche Ansprüche aus den Forderungsverzichten von über Fr. 15.1 Mio. vorab erst mal prüfen bzw. sichern. Würde der Sachwalter wider Erwarten keine Anspruchsgrundlage sehen, wäre seine Aufgabe mit dem entsprechenden Bericht bereits wieder erledigt. Im Übrigen stelle die Klägerin nicht in Abrede, dass Doppelorganschaften im Konzernverbund zulässig seien. Doch speziell in solchen konfliktbeladenen Situationen müssten die Mitglieder des Verwaltungsrates als Organ "ihrer" Gesellschaft von Gesetzes wegen

allein die Interessen dieser Gesellschaft wahren und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften. Bestehe nur schon die Gefahr eines Interessenkonflikts, habe der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt würden. Doch solche Massnahmen wie den Ausstand betroffener Verwaltungsratsmitglieder lehnten die namens der Beklagten handelnden Verwaltungsräte gerade ab. Die Klägerin betont, in jeglicher Hinsicht sei die vorliegend zu beurteilende Sachlage ein ganz aussergewöhnlicher Einzelfall. Soweit ersichtlich, werde denn auch nirgends in Lehre oder Rechtsprechung der vorliegende Fall behandelt. Vor Einführung von Art. 731b OR seien die Vorschriften zu Mängeln in der Organisation unzulänglich gewesen. Art. 731b OR ermögliche, die Handlungsunfähigkeit des Verwaltungsrates aufgrund des Interessenkonflikts in der bestimmten Sache zu überwinden und den Organisationsmangel zu beseitigen. Es bestehe keine Grundlage, Art. 731b OR nicht anzuwenden und die Klägerin demgegenüber auf Schadenersatzklagen zu verweisen, schützten die beiden Klagen doch ganz unterschiedliche Rechte. Grundsätzlich sei es der Rechtsordnung fremd, Schutzvorschriften die Anwendung zu versagen und den Berechtigten darauf zu verweisen, sich dann mit einer Ersatzforderung zu melden, wenn dereinst der absehbare Schaden eingetreten sei. Das von der Beklagten behauptete "Aushebeln der obligationenrechtlichen Ordnung der Aktionärsrechte" finde nicht mit der Ernennung eines Sachwalters statt, sondern ohne dessen Ernennung wegen der Verweisung auf Schadenersatzklagen (act. 47 N 4 ff.).

2.4. Die Beklagte schliesst sich im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an und hält im Übrigen daran fest, dass ihr Verwaltungsrat keinem Interessenkonflikt unterliege und bei ihr kein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR vorliege, ihr Verwaltungsrat vielmehr handlungs- und funktionsfähig sei. Sie sieht sich darin bestätigt, dass die Klägerin mit ihrer Klage eine Umgehung aktienrechtlicher Grundsätze beabsichtige, indem sie versuche, die ihr fehlende Aktivlegitimation für eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe der B2.\_\_\_\_\_ AG über die Geltendmachung eines Organisationsmangels bei der Beklagten zu beheben. Auch könne es nicht Sache des Staates sein, mittels eines gerichtlich einzusetzenden Sachwalters das Gesellschaftsinteresse zu bestimmen

bzw. durch das Interesse einer Minderheitsaktionärin zu ersetzen. In tatsächlicher Hinsicht führt sie wie bereits in der Klageantwort ins Feld, dass die Beklagte ein äusserst erfolgreiches, finanziell kerngesundes Unternehmen sei, dass seinen Aktionären jedes Jahr eine Dividende in Millionenhöhe ausrichte, und sie macht geltend, dass von den drei Verwaltungsräten der Beklagten einzig E.\_\_\_\_\_ auch als Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft B2.\_\_\_\_\_ AG amte; F.\_\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident der Beklagten, sei nicht, auch nicht faktisches Organ der B2.\_\_\_\_\_ AG. Daraus folge, dass die Verwaltungsräte F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ jederzeit überstimmen könnten. Zudem liege es nicht im Interesse des B.\_\_\_\_\_ - Konzerns, dass die Beklagte wahllos Prozesse gegen ihre Tochtergesellschaften und deren Organe mit höchst ungewissem Ausgang initiiere (act. 54 N 16 ff., 43 ff., 66 ff.; vgl. act. 9 N 26 ff.).

2.5. In ihrer Stellungnahme vom 10. Juni 2011 bekräftigt die Klägerin ihre Behauptung, F.\_\_\_\_\_ sei Organ nicht nur der Beklagten, sondern auch der B2.\_\_\_\_\_ AG. Mit dem Schreckensszenario sich gegenseitig mit Klagen eideckender Konzerngesellschaften übergehe die Beklagte, dass sich allfällige Klagen der Beklagten im Sinne von Art. 678 OR oder Art. 754 OR keineswegs gegen die Tochtergesellschaft richteten, sondern gegen natürliche Personen wie E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_. Der vom Gericht zu ernennende Sachwalter erhalte auch nicht die Aufgabe "wahllos Prozesse zu führen", sondern er werde in objektiv sachlicher Weise möglichen Ansprüchen nachgehen und sie gegebenenfalls geltend machen (act. 59 N 8 ff.). Laut der Stellungnahme der Klägerin vom 21. Juli 2011 brauche der Sachwalter zudem nicht nach angeblichen Missständen zu fahnden und bliebe der ganze Betrieb von der beantragten Massnahme unberührt (act. 69 N 8).

2.6. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid überzeugend dargelegt, dass die Voraussetzungen eines Organisationsmangels im Sinne von Art. 731b OR vorliegend nicht erfüllt sind. Es gelingt der Klägerin im Berufungsverfahren nicht, diese Auffassung als unrichtig erscheinen zu lassen; sie bringt keine Argumente vor, die von der Vorinstanz nicht schon widerlegt worden sind. Ergänzend und teilweise präzisierend ist Folgendes zu beachten:

2.6.1. Zu Recht kritisiert die Klägerin, die Vorinstanz müsse sich mit Mutmassungen begnügen, wenn sie festhalte, es bestehe die Möglichkeit, dass eine Verflechtung der Interessen von Mutter- und Tochtergesellschaft für den Entscheid der Beklagten, nicht gegen die Verantwortlichen der B2.\_\_\_\_\_ AG vorzugehen, mit entscheidend sei, hingegen auch nicht ausgeschlossen werden könne, dass es sich um eine von einer Interessenkollision nicht beeinflusste betriebswirtschaftliche Entscheidung handle. Zwar ist nicht ausser Acht zu lassen, dass es sich beim Entscheid, nicht gegen den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft vorzugehen, um einen geschäftspolitischen Entscheid handelt, bei welchem der Beklagten ein weites Ermessen zusteht und der vom Richter unter Vorbehalt des Ermessensmissbrauches nicht zu hinterfragen ist. Liegt die Behauptungs- und Beweislast für die ordnungsgemässe Besetzung der Organe nach der zutreffenden Erwägung der Vorinstanz indes bei der beklagten Gesellschaft, kann nicht unbesehen auf die von der Klägerin nicht anerkannte Sachdarstellung der Beklagten abgestellt werden (vgl. § 133 in Verbindung mit § 204 ZPO/ZH). Am Ergebnis ändert das allerdings nichts, weil es darauf nicht ankommt.

2.6.2. Entscheidend und richtig ist die Erwägung der Vorinstanz, dass – angenommen eine Interessenkollision aufgrund Doppelorganschaft sowohl von E.\_\_\_\_\_ als auch von F.\_\_\_\_\_ im Verwaltungsrat der Beklagten sowie der B2.\_\_\_\_\_ AG hätte den Entscheid der Beklagten als Aktionärin der B2.\_\_\_\_\_ AG, gegen die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft im Zusammenhang mit den erfolgten Forderungsverzichten nicht vorzugehen, beeinflusst – keine als Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR zu qualifizierende Handlungs- bzw. Funktionsunfähigkeit des Verwaltungsrates der Beklagten vorläge.

2.6.3. Die Vorbemerkungen in der angefochtenen Verfügung zum Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR (act. 46 S. 12 ff.) geben die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre korrekt wieder. Wenn die Klägerin in der Berufung dafür hält, Art. 731b OR ermögliche entgegen dem früheren (unzulänglichen) Recht, die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrates aufgrund des Interessenkonflikts in der bestimmten Sache zu überwinden, ist ihr unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass mit der Geset-

zesrevision ausdrücklich keine Erweiterung der bisherigen Vorschriften beabsichtigt, sondern lediglich deren Vereinheitlichung angestrebt wurde. Unter anderem wurde Art. 393 Ziff. 4 aZGB durch Art. 731b OR ersetzt und aufgehoben. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anwendung des Vormundschaftsrechts auf juristische Personen bleibt nichtsdestoweniger beachtlich. Art. 731b OR erfasst diejenigen Fälle, in denen eine gesetzliche Vorgabe hinsichtlich der Organisation der Gesellschaft – der Bestellung oder Zusammensetzung ihrer Organe – nicht oder nicht mehr eingehalten wird. Es geht um die Einhaltung zwingender Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit, also um Normen, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind und auch dem Verkehrsschutz dienen. Den Parteien fehlt deshalb die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand. Sie können das Verfahren nicht durch Vergleich beenden. Wie der Handelsregisterführer hat sodann auch der klagende Aktionär kein besonderes Rechtsschutzinteresse nachzuweisen, sodass die Aktivlegitimation bei Nachweis der Aktionärsstellung unabhängig davon gegeben ist, ob ein Zusammenhang zwischen den mit der Klage geltend gemachten Mängeln und den Interessen des Aktionärs besteht (BGer 4A\_457/2010 vom 5. Januar 2011, E. 2.2.1; BSK OR II-Watter/Wieser, N 1 ff. zu Art. 731b OR; Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1379 ff., Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2001, 3231 f.).

2.6.4. Die Klägerin räumt ein, dass die Beklagte über alle gesetzlich vorgesehenen Organe verfüge und die von ihr als Organisationsmangel behauptete Interessenkollision aus dem Handelsregisterauszug der Beklagten nicht ersichtlich sei (act. 47 N 6). Unzutreffend ist allerdings ihre Ansicht, dass – wäre der vorliegende Fall kein Fall von Art. 731b OR – nur diejenigen Fälle einen Organisationsmangel begründen könnten, in denen der Mangel sich aus dem Handelsregister selbst ergäbe. Wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, wird in der Literatur im Zusammenhang mit der nicht mehr rechtmässigen Zusammensetzung eines Organs auch der Fall erwähnt, dass aufgrund einer andauernden Pattsituation im Verwaltungsrat die Führung der Gesellschaft dauerhaft unmöglich geworden sei (BSK

OR II-Watter/Wieser, N 1, 10, 22 zu Art. 731b OR). Zu denken ist insbesondere an den (keineswegs singulären) Fall, bei dem sich zwei Aktionäre zu je 50% das Aktienkapital teilen, so dass ihr Konflikt die Leitung der Gesellschaft gänzlich verunmöglicht (vgl. BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 281 f.). Eine solche Konstellation liegt hier unbestritten nicht vor. Ob die zu beurteilende Sachlage – wie die Klägerin meint (act. 46 S. 13 f.) und die Beklagte bestreitet (act. 54 N 86, 143) – einen aussergewöhnlichen Einzelfall darstellt, kann dahinstehen.

2.6.4.1. In tatsächlicher Hinsicht bewirkt die hier zu beurteilende Interessenkollision im Verwaltungsrat der Beklagten keine Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Vielmehr steht eine Rechtsverletzung zur Diskussion, welche allenfalls Schadenersatzansprüche nach sich zieht. Der Verwaltungsrat, welcher in einer bestimmten Angelegenheit entscheidet, d.h. handelt, obschon er nicht handeln dürfte, ist nicht blockiert. Der von der Klägerin angeführte Vergleich der Beklagten mit einer (natürlichen) Person, welche sich bewusst für Verschwendung oder Misswirtschaft entscheide (act. 46 S. 10), verfängt nicht. Anders als in den Fällen von Verschwendung oder Misswirtschaft als Grund für vormundschaftliche Massnahmen, steht ein finanzieller Ruin – eine Gefährdung der Existenz der Beklagten – nicht zur Diskussion. Gegenteilig ist unbestritten, dass es sich bei der Beklagten um ein wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen handelt, das sämtlichen Aktionären jährlich eine Dividende ausschüttet und dessen Wert von der Klägerin auf mehr als eine halbe Milliarde geschätzt wird (vgl. act. 9 N 18 ff.; act. 15; act. 54 N 16 f.; act. 59).

2.6.4.2. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführt, lässt eine Interessenkollision aufgrund Doppelvertretungen im Konzern – wie sie hier in Betracht fällt – die Vertretungsmacht eines Organs nicht automatisch entfallen. Aus Gründen der Verkehrssicherheit schliesst ein bestehender Interessenkonflikt die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern nur, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen (BGE 120 II 5 E. 2c, S. 9; BGE 126 III 361 E. 3a, S. 363; Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 [1989] S. 289 ff., S. 295 f., S. 306 ff.; BSK OR I-Watter/Schneller, N 19 zu Art. 33 OR). Mit Bezug auf die ak-

tienrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten hat das Bundesgericht festgehalten, dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt (BGE 113 II 52 E. 3a S. 57; BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219). Dabei darf laut Bundesgericht einzig auf die Interessen der jeweiligen Gesellschaft und nicht auf jene anderer Konzerngesellschaften oder das Konzerninteresse abgestellt werden, und bei Gefahr eines Interessenkonflikts ist durch geeignete Massnahmen, allenfalls Ausstand, sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. Versäumt dies der Verwaltungsrat, macht er sich unter Umständen nach Art. 754 OR verantwortlich (BGer 4A\_462/2009, E. 6.3 vom 16. März 2010; BGer 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 2a; BSK OR II-Watter, N 15 zu Art. 717 OR; ZK-Homburger, N 779 f. zu Art. 717 OR). Nur: Ein funktionelles Organversagen nach Art. 731b OR liegt damit nicht vor.

2.6.5. Neben der Organhaftung in Fällen des (unzulässigen) Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung (BGE 95 II 442; BGE 126 III 361; BGE 130 III 213; BGer 4C.25/2005 vom 15. August 2005; BGer 4A\_462/2009 Urteil vom 16. März 2010) betreffen die von der Klägerin für ihren Standpunkt angeführten Bundesgerichtsentscheide Interessenkollisionen eines gesetzlichen Vertreters eines Unmündigen nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB (BGE 107 II 105; BGer 5A\_743/2009 vom 4. März 2010) sowie die Verbeiständung von Stiftungen (BGE 126 III 499).

2.6.5.1. Korrekt ist, dass Art. 392 Ziff. 2 ZGB bereits dann Anwendung findet, wenn es nach den Umständen als möglich erscheint, dass ein gesetzlicher Vertreter in einen Interessenkonflikt geraten könnte, wenn er sein Mündel in einer bestimmten Angelegenheit vertreten müsste. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass der Schutz einer unmündigen oder entmündigten Person nur dann gewährleistet sei, wenn eine abstrakte Gefährdung ihrer Interessen genüge und die Notwendigkeit einer Vertretungsbeistandschaft bereits dann bejaht würde, wenn zwischen dem Dritten und dem gesetzlichen Vertreter eine so nahe persönliche Beziehung bestehe, dass angenommen werden müsse, die Rücksichtnahme auf die Interessen des Dritten könne das Handeln des Vertreters

allenfalls beeinflussen (BGE 107 II 105 E. 4, S. 109 ff. bestätigt in BGer 5A\_743/2009 vom 4. März 2010, E. 2.1).

2.6.5.2. Allein, diese Erwägung bezieht sich ausdrücklich auf die Schutzbedürftigkeit einer natürlichen Person. Auf juristische Personen, namentlich auf Doppelorganschaften im Konzern, lässt sie sich nicht übertragen. Das Bundesgericht hat Art. 392 Ziff. 2 ZGB auf juristische Personen stets nur analog und mit Zurückhaltung angewendet. Es hat die Verbeiständung von juristischen Personen nur in besonderen Situationen, wenn bedeutende öffentliche Interessen zu wahren und wegen unzureichender Verwaltung gefährdet waren, zugelassen. Es erwog, die Verbeiständung einer juristischen Person stelle einen Notbehelf dar bzw. falle nur zur Überbrückung einer Notsituation in Betracht. Diese Betrachtungsweise dränge sich auf, weil es nicht Sache der Behörden bzw. des Gemeinwesens sein könne, die Geschäftsführung von schlecht geleiteten Unternehmen und die damit verbundene Verantwortung zu übernehmen. Stets sei zudem den speziellen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Rechnung zu tragen, und auch die besondere persönlichkeitsrechtliche Ausprägung sowie die organisationsrechtliche Struktur einer Gesellschaft seien gebührend zu berücksichtigen (BGE 126 III 499 E. 3, S. 500 ff. mit Hinweisen; BGE 78 II 369 E. 3c, S. 374; BGE 71 II 214 E. 2, S. 217 f.; vgl. auch BGer 5A.8/2001 vom 22. Mai 2001, E. 3a; BSK ZGB I-Langenegger, N 16 f. zu Art. 392 ZGB).

2.6.5.3. Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft, in der private finanzielle Interessen massgebend sind (BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 278 mit Hinweisen). Die Anwendung des Vormundschaftsrechts auf juristische Personen in der Praxis betreffen in erster Linie Stiftungen, welche selbst nach Einschreiten der Stiftungsaufsicht nicht ordnungsgemäss verwaltet wurden. Dabei hielt es das Bundesgericht für entscheidend, dass das weisungswidrige Verhalten der Stiftungsorgane zu einer prekären Situation geführt habe, die öffentliche Interessen gefährde und nicht rasch beherrschbar erscheine, und die mit der Situation vergleichbar sei, in der die erforderlichen Organe mangelten und mit aufsichtsrechtlichen Mitteln allein nicht sofort Abhilfe geschaffen werden könne. Es berücksichtigte entsprechend, dass zunächst die Aufsichtsbehörde, welche generell dafür Sorge, dass das Stif-

tungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet werde und darüber wache, dass sich die Organe einer Stiftung an das Gesetz, die Stiftungsurkunde, allfällige Reglemente und die guten Sitten hielten, mit weit gehenden Anordnungen und Weisungen versucht habe, eine gesetzes- und zweckkonforme Verwaltung sicherzustellen, die Bemühungen jedoch durchkreuzt worden seien (BGE 126 III 499 E. 4a, S. 503 f.; BGE 83 III 147 E. 2, S. 150; BGer 5A\_274/2008 vom 19. Januar 2009).

2.6.5.4. Weiter hat das Bundesgericht im Falle einer "verwaisten" Aktiengesellschaft nach Ableben ihres einzigen Verwaltungsrates gestützt auf Art. 393 Ziff. 4 aZGB die Bestellung eines Beistand zur Besorgung der Geschäftsführung angeordnet (BGE 69 II 20, S. 21 f.). In grundsätzlicher Weise hielt das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 393 Ziff. 4 aZGB fest, dass die Vormundschaftsbehörde einer Körperschaft oder Stiftung namentlich dann einen Beistand zu ernennen habe, solange die erforderlichen Organe mangelten und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt sei. Diese Norm sei eine der wenigen des Vormundschaftsrechts, die sich ausdrücklich auf juristische Personen beziehe; sie habe Ausnahmeharakter, da die vormundschaftlichen Massnahmen auf natürliche Personen zugeschnitten seien. Die Massnahme einer Verbeiständung einer Aktiengesellschaft solle nur angewendet werden, wenn die Verwaltung der Gesellschaft sonst überhaupt nicht besorgt würde oder Gefahr bestünde, dass sie durch jemanden besorgt würde, der dafür ernstlich gar nicht in Betracht käme oder ausserstande sei, in der für die Verwaltung notwendigen Weise auf das Vermögen einzuwirken (BGE 78 II 369 E. 3c, S. 374; BGE 71 II 214 E. 2, S. 217 f.).

2.6.6. Mit der vorliegend massgeblichen Konstellation – einer profitablen Aktiengesellschaft, deren Verwaltungsrat sich im Zusammenhang mit einem einzelnen Geschäft aus Gründen des "Selbstschutzes" bzw. einer Interessenkollision herausentscheide, nicht gegen die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft vorzugehen – haben die in der Praxis behandelnden Fälle, wie die Beklagte zu Recht bemerkt (act. 54 N 127), nichts gemein.

2.6.7. Wesentlich kommt es darauf an, ob bedeutende öffentliche Interessen tangiert sind. Öffentliche Interessen sind bei Beschlüssen des Verwaltungsrates ei-

ner Aktiengesellschaft, mit denen ein den Interessen der Gesellschaft bzw. dem Gesellschaftszweck fremdes Ziel verfolgt wird, erst und nur dann betroffen, wenn sie zum finanziellen Ruin der Gesellschaft führen (können) oder die Gesellschaft jeglicher Substanz entleeren (vgl. im Zusammenhang mit der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR: BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 279 f.; BGE 126 III 266 E. 1 b und c; BGE 84 II 44 E. 2, S. 50; BGer 4C.185/1998 vom 28. August 1998, E. 3 a). Im vorliegenden Fall ist weder die Zahlungsfähigkeit der Beklagten in Gefahr, noch steht ihre Gewinnstrebigkeit in Frage; vielmehr ist die wirtschaftlich gute Verfassung der Beklagten wie erwähnt unstrittig. Die Klägerin vermag auch nicht anzugeben, welche im öffentlichen Interesse aufgestellten, dem Verkehrsschutz dienende Normen ohne die Anwendung von Art. 731b OR auf den vorliegenden Fall verletzt wären. Notabene erfordert der Verkehrsschutz – der Schutz des Dritten – unter Umständen gerade die Aufrechterhaltung der Vertretungsmacht trotz Interessenkollision.

2.6.8. Hinzu kommt, dass die von der Klägerin angebehrte Prüfung und Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eine durchaus verantwortungsreiche Aufgabe darstellt. In der Tat geht es, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 46 S. 22), um die Bewertung von komplexen wirtschaftlichen Entscheidungen. Hierfür steht, wie die Beklagte zutreffend ausführt (act. 54 N 135 ff.), der nach Art. 731b OR einzusetzende Sachwalter nicht zur Verfügung. Dass "nur" die erfolgten Forderungsverzichte der B2.\_\_\_\_\_ AG geprüft und beurteilt werden sollen (act. 15 N 6), ändert daran nichts. Der Vorinstanz ist darin beizustimmen, dass es nicht Aufgabe des nach Art. 731b Ziff. 2 OR ernannten Sachwalters sein kann, komplexe wirtschaftliche Entscheidungen zu bewerten und dementsprechend zu bestimmen, ob die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft angezeigt und erfolgversprechend erscheint. Im Beschluss der Kammer vom 24. Januar 2008 (Geschäfts-Nr. NX080001; act. 10/6) wurde im Hinblick auf die Anwendung des Vormundschaftsrechts, namentlich von Art. 392 Ziff. 2 ZGB und die Bestellung eines Beistands für die Beklagte denn auch ausgeführt, dass der Beistand letztlich auch für die Führung jenes Prozesses beauftragt werden müsse, damit aber in der Sache gerade das Übernehmen der Geschäftsführung eines schlecht geleiteten Unternehmens und der damit ver-

bundenen Verantwortung bewirkt würde, welche das Bundesgericht ablehne. Wenngleich der Vorinstanz (act. 46 S. 16) darin zu folgen ist, dass die Rechtskraft dieses Entscheides das vorliegende Verfahren nicht präkludiert (keine *res iudicata* vorliegt), weil es im 2007 von der Klägerin anhängig gemachten Verfahren lediglich um die Einsetzung eines Beistandes zur Unterbrechung der Verjährung der fraglichen Verantwortlichkeitsansprüche der Beklagten ging, wohingegen die Klägerin mit der vorliegenden Klage die Prüfung und Geltendmachung dieser Ansprüche verlangt, trifft diese Erwägung doch umso mehr für das vorliegende Verfahren zu, mit welchem die Klägerin weitergehend die Erteilung der Prozessführungsbefugnis an den zu bestellenden Sachwalter verlangt.

2.6.9. Schliesslich ist es der Klägerin entgegen ihrer Auffassung auch zumutbar, die bei der Beklagten beanstandeten Handlungen bzw. Unterlassungen mit den ordentlichen aktienrechtlichen Rechtsbehelfen weiterzuverfolgen.

2.6.9.1. Fest steht, dass die Klägerin als Minderheitsaktionärin der Muttergesellschaft nicht direkt gegen die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft der Beklagten (B2. \_\_\_\_\_ AG) vorgehen kann, da es sich beim C. \_\_\_\_\_-Darlehen und den erfolgten Forderungsverzichten gegenüber der D. \_\_\_\_\_ AG um ein Geschäft dieser Gesellschaft handelt. Der Entscheid über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage ist nach dem System des Gesetzes ausschliesslich der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären bzw. im Konkurs auch den Gläubigern der *jeweiligen* Gesellschaft vorbehalten (Art. 754, 756 f. OR). Nur die genannten Personen verfügen über die Klagelegitimation und das Rechtsschutzinteresse zur Liquidation des betreffenden – eben ihres – Schadens. Unstreitig ist ferner, dass die Klägerin zur Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat der Beklagten legitimiert ist und im Verzicht des beklaglichen Verwaltungsrates, gegen die Verwaltungsräte der B2. \_\_\_\_\_ AG die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR zu erheben, unter Umständen eine schädigende Handlung gegenüber der Muttergesellschaft liegen kann, weil sich etwa durch Verjährenlassen einer Forderung der Tochtergesellschaft der Wert ihrer Beteiligung vermindert. Läge, wie von der Klägerin behauptet, im Verhalten des beklaglichen Verwaltungsrates eine Sorgfaltpflichtverletzung, so hätte die Klägerin mithin die Möglichkeit, den dadurch verur-

sachten Schaden gestützt auf Art. 754 in Verbindung mit Art. 756 OR einzuklagen. Die Klägerin steht dem von ihr beanstandeten Verhalten daher auch ohne die von ihr angebehrte Massnahme keineswegs schutzlos gegenüber. Art. 754 OR bietet der Klägerin eine Handhabe, die nach ihrer Auffassung in einem Interessenkonflikt gefangenen Verwaltungsräte der Beklagten zur Verantwortung zu ziehen.

2.6.9.2. Dass nach Ansicht der Klägerin die aktienrechtlichen Rechtsbehelfe mit unbefriedigenden Voraussetzungen verbunden sind, kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Der Ausschluss der Anfechtungsklage gegen Beschlüsse des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft und die Beschränkung auf die Nichtigkeitsklage ist gesetzlich vorgesehen und zieht keine – der Beklagten anzulastende – Beeinträchtigung der Klagerechte der Klägerin nach sich (vgl. Müller/Lipp/Plüss, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP 5/2011, S. 594 ff.). Die Tatsache, dass es einer direkten Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat der B2.\_\_\_\_\_ AG an der Aktivlegitimation der Klägerin gebricht, kann nicht dazu führen, dass der Beklagten ein Sachwalter zur Klageerhebung bestellt werden müsste, um möglichen Schädigungen dieser Gesellschaft zuvorzukommen oder die Gefahr einer Schädigung zu sanktionieren. Vielmehr ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass ein den Interessen der Beklagten zuwiderlaufendes Verhalten des Verwaltungsrates der Beklagten, sollte es einen Schaden bewirken, in für die Klägerin zumutbarer Weise mit der vorerwähnten Verantwortlichkeitsklage ("zweiter Stufe") gegen den Verwaltungsrat der Beklagten geltend gemacht werden kann. Auch das wurde im Beschluss der Kammer vom 24. Januar 2008 (act. 10/6 S. 7 f.) und im Beschluss des Bezirksrates vom 13. Dezember 2007 (act. 10/5 S. 4) betreffend eine Verbeiständung der Beklagten ausgeführt.

2.6.9.3. Wenn die Klägerin demgegenüber argumentiert, nach der Rechtsordnung kämen Schadenersatzansprüche erst nach der Anwendung von Schutzvorschriften zum Zug (act. 46 N 14), übergeht sie, dass der (primäre) Schaden durch die beanstandeten Forderungsverzichte – nach ihrer eigenen Darstellung – bereits eingetreten ist, allerdings nicht bei der Beklagten, sondern bei der B2.\_\_\_\_\_ AG,

so dass die angebehrte Massnahme von vornherein keine Schadensprävention bzw. primäre Rechtswahrung darstellen kann. Vielmehr wird die abschliessende Liquidation eines Schadens der B2.\_\_\_\_\_ AG bezweckt. Die Klägerin weist korrekt darauf hin (act. 47 N 13), dass die Rechtsbehelfe bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft nach Art. 731b OR und die Verantwortlichkeitsklage ganz verschiedene Rechte schützen. Die mit der angebehrten Massnahme zu prüfende Klage bezweckt die Liquidation des Schadens der B2.\_\_\_\_\_ AG, wohingegen sich eine Verantwortlichkeitsklage der Klägerin nach Art. 754 OR gegen den Verwaltungsrat der Beklagten auf Deckung des Schadens der Beklagten richtete. Die beiden Rechtsbehelfe sind klar voneinander abzugrenzen. Das bedeutet aber auch, dass die bewusst weite Aktivlegitimation der Klage nach Art. 731b OR nicht zu einer Aufweichung der (engeren) Aktivlegitimation und der Voraussetzung des Rechtsschutzinteresses bei der Verantwortlichkeitsklage führen darf. Würde dem Sachwalter wie beantragt gestützt auf Art. 731b OR die Befugnis zur Klage gegen die Organe der B2.\_\_\_\_\_ AG erteilt, würde die eingeschränkte Klagelegitimation der Verantwortlichkeitsklage umgangen und so die obligationenrechtliche Ordnung der Aktionärsrechte unterlaufen.

2.7. Im Ergebnis ist das Vorliegen eines Organisationsmangels im Sinne von Art. 731b OR bei der Beklagten aus rechtlichen Gründen zu verneinen. Das führt in Bestätigung der angefochtenen Verfügung zur Abweisung der Klage.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolge der angefochtenen Verfügung

3.1. Die Klägerin wendet sich in der Berufung auch gegen die Kosten- und Entschädigungsfolge in der angefochtenen Verfügung. Der Entscheid über die Höhe der Gerichtskosten wie über die Höhe der Parteientschädigung ist zusammen mit der Hauptsache anfechtbar; ist die Streitigkeit berufungsfähig, so kann mit dem Sachentscheid auch die Kosten- und Entschädigungsfolge im Rahmen der Berufung überprüft werden (vgl. DIKE Komm-ZPO-Diggelmann, N 1 f. zu Art. 110).

3.2. Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert der vorliegenden Klage unter Hinweis auf das Urteil der Kammer vom 14. Februar 2011 in Geschäft-Nr. LF110011 (publiziert unter <<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue->

zpo.html>, "OR 731b, Organisationsmangel, Zuständigkeit") entsprechend dem Aktienkapital der Beklagten mit Fr. 2'500'000.-- (act. 3/2). Hinsichtlich der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung zog sie (richtigerweise) die alte Gebührenverordnung vom 4. April 2007 (aGebV) sowie die alte Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) heran (vgl. § 23 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV] und § 25 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]). Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 20'000.– fest, auferlegte diese der Klägerin und verpflichtete die Klägerin, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 30'000.– zu bezahlen. Sie berücksichtigte dabei, dass es sich um ein summarisches Verfahren handle, weshalb die Beträge zu reduzieren seien (§ 6 Abs. 1 aGebV; § 7 aAnwGebV). Zwar habe sich das summarische Verfahren sehr aufwändig gestaltet. Dennoch seien vor dem Hintergrund des hohen Streitwertes die Kürzungsmöglichkeiten für die Bemessung der Gerichtsgebühr voll auszuschöpfen. Betreffend die Parteientschädigung seien zudem gemäss § 6 lit. c aAnwGebV für die beiden von der Beklagten zusätzlich zur Klageantwort zu erstattenden Stellungnahmen zu neuen Vorbringen der Klägerin angemessene Zuschläge zu berechnen (act. 46 S. 26 f.).

3.3. Die Klägerin hält fest, der Streitwert sei vorliegend sicher höher als Fr. 30'000.--. Es erscheine jedoch mehr als fraglich, ob auf die Hilfsgrösse des Aktienkapitals der Beklagten zurückzugreifen sei. Mit dem objektiven Wert der strittigen Sache gemäss Rechtsbegehren, der Überwindung des Organisationsmangels durch Ernennung eines Sachwalters, habe das Aktienkapital jedenfalls nichts gemein. Entscheidend sei jedenfalls, dass vorliegend wegen des hohen Streitwerts von Fr. 2.5 Mio. selbst die von der Vorinstanz berücksichtigten Reduktionsgründe noch zu einer unverhältnismässig hohen Gerichtsgebühr bzw. Prozessentschädigung führten. Nach dem Äquivalenzprinzip komme eine Gebühr von wenigen tausend Franken in Frage und auch die von der Vorinstanz nach Ermessen festgesetzte Prozessentschädigung falle um gut das Doppelte zu hoch aus (act. 47 S. 18 f.).

3.4. Die Beklagte schliesst sich in der Beschwerdeantwort den Erwägungen der Vorinstanz zu Streitwert und Kosten- und Entschädigungsfolge an. Sie weist darauf hin, dass die Klägerin den angeblich aus dem Darlehen "D. \_\_\_\_\_ AG" entstandenen Schaden auf Fr. 100 Mio. beziffert habe. Gestützt auf den in Sachen der Parteien ergangenen Entscheid des Bundesgerichts 4P.208/2003 vom 12. Oktober 2004, wonach die Festsetzung des Streitwerts einer Anfechtungsklage im Rahmen von 10-20% des abstrakten Schädigungsrisikos nicht zu beanstanden sei, würde dies auch vorliegend einen Streitwert von Fr. 10-20 Mio. rechtfertigen. Obwohl das vorinstanzliche Verfahren im summarischen Verfahren durchgeführt worden sei, sei der Verfahrensumfang mit insgesamt 105 Seiten umfassenden Parteieingaben beträchtlich gewesen. Da die Vorinstanz von den Reduktionsmöglichkeiten gemäss der Gebührenverordnung umfassenden Gebrauch gemacht habe, habe sie ihrem Aufwand mit Fr. 20'000.-- Rechnung getragen; die Höhe der Gerichtsgebühr sei mit dem Äquivalenzprinzip ohne Weiteres vereinbar. Das Gleiche gelte für die von der Vorinstanz festgelegte Prozessentschädigung. Auch diese sei in Übereinstimmung mit den einschlägigen Gesetzesvorschriften festgesetzt worden; der Betrag von Fr. 30'000.-- decke den tatsächlichen Aufwand der Beklagten in keiner Weise (act. 54 N 165 ff.).

3.5. Die Vorinstanz hat für die Bemessung des Streitwerts zutreffend auf das Aktienkapital der Beklagten von Fr. 2'500'000.-- abgestellt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einig sind oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Auflösung einer Gesellschaft hat dann den gesamten Wert der gemeinsamen Vermögenswerte als Streitwert, wenn die Liquidation an sich bestritten ist (BGE 94 II 122 E. 1, S. 124), andernfalls den (behaupteten) Liquidationsanteil des Klägers (DIKE Komm-ZPO-Diggelmann, N 164 zu Art. 91). Analog hiezu rechtfertigt es sich bei Verfahren betreffend Organisationsmängel von Aktiengesellschaften zur Ermittlung des Streitwerts auf das Aktienkapital der Gesellschaft im Sinne einer einfach festzustellenden "Annäherung" an den (in der Regel viel höheren) Wert des Unternehmens abzustellen, sieht das Gesetz doch bei Nichtwiederherstellung des rechtmässigen Zustands in der Organisation als letzte Massnahme die Auflösung der Gesellschaft vor (Art. 731b

Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. Urteil der Kammer vom 14. Februar 2011, Geschäft-Nr. LF110011, E. 3.3.1.). Der Einwand der Klägerin, ihr Rechtsbegehren stehe in keinem Zusammenhang mit dem Aktienkapital der Beklagten, überzeugt daher nicht.

3.5.1. Die von der Vorinstanz unter voller Ausschöpfung der Reduktionsgründe der Gebührenverordnung (§ 7 aGebV) auf Fr. 20'000.-- festgesetzte Gerichtsgebühr hält vor dem Äquivalenzprinzip stand. Die Klägerin bezieht sich für ihren Standpunkt, in Frage komme eine Gebühr von wenigen tausend Franken, auf den vorwähnten Entscheid der Kammer vom 14. Februar 2011 (E. 4.1.). Anders als dort, wo sich die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen liess und das Einzelgericht auf das Verfahren nicht eintrat (E. 1.2. ff.), hatte sich die Vorinstanz im vorliegenden Fall mit der umfangmässig und inhaltlich anspruchsvollen Sache materiell zu befassen (die angefochtene Verfügung erstreckt sich auf 28 Seiten) und erfolgte nach dem ersten Schriftenwechsel eine starke Inanspruchnahme des Replik- und Novenrechts durch die Parteien (vgl. prozessleitende Verfügungen der Vorinstanz vom 1. April, 18. Juni und 21. September 2010 [act. 11, 17, 30] und Eingaben der Parteien vom 10. Juni, 23. August, 16. September, 18. Oktober, 17. November und 2. Dezember 2010 [act. 15, 24, 28, 33, 37, 40]). Das summarische Verfahren rechtfertigte daher gemäss § 7 aGebV vorliegend lediglich eine Herabsetzung auf drei Viertel der nach § 4 GebV berechneten Gebühr. Indem die Vorinstanz die aufgrund des Streitwerts bemessene Gebühr von Fr. 45'750.-- auf Fr. 20'000.--, d.h. um mehr als die Hälfte kürzte, hat sie dem Äquivalenzprinzip bereits Rechnung getragen. Das Äquivalenzprinzip verlangt im Übrigen nicht, dass jede Gebühr die im jeweiligen Einzelfall entstandenen Kosten nicht übersteigt. Eine gewisse Schematisierung – welche durch das Kriterium des Streitwerts erreicht wird – ist zulässig. Insbesondere dürfen und müssen in gewichtigen Geschäften Gebühren erhoben werden, welche die entstandenen Kosten übersteigen, um die Verluste in kleineren Fällen auszugleichen (BGE 120 Ia 171 E. 2a, S. 174; Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, ZBI 2003, S. 522 f.). Es kann nicht gesagt werden, dass die für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzte Gebühr jeglichen Bezug zum entstandenen effektiven Aufwand, respektive zur tatsächlichen Beanspruchung der Vorinstanz vermissen

lässt (vgl. BGE 130 III 225 E. 2.4, S. 229). Vielmehr wurde die Vorinstanz in einem Masse beansprucht, welches die festgelegte Gerichtsgebühr rechtfertigt.

3.6. Auch hinsichtlich der ihr auferlegten Prozessentschädigung kann der Klägerin nicht gefolgt werden. Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat in der Regel jede Partei die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Die Festsetzung erfolgt – ausgehend vom Streitwert – nach Ermessen (§ 69 ZPO/ZH). Das Äquivalenzprinzip ist nicht anwendbar. Wenn eine Partei durch einen Anwalt vertreten ist, so ist das richterliche Ermessen in dem Sinne beschränkt, als dass die Prozessentschädigung im Rahmen der Ansätze der Anwaltsgebührenverordnung festzusetzen ist. Die Verordnung ist im Grundsatz auf den Streitwert ausgerichtet; daneben schreibt sie die Berücksichtigung weiterer Umstände, namentlich der Verantwortung des Anwalts, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zeitaufwandes vor (§ 3 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 aAnwGebV). Offensichtliche Missverhältnisse zwischen dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts einerseits und dem Streitwert bzw. dem Streitinteresse andererseits sind durch entsprechende Erhöhung bzw. Herabsetzung der gemäss Verordnung berechneten Gebühr auszugleichen (§ 2 Abs. 3 aAnwGebV). Diese Grundsätze hat die Vorinstanz nicht verkannt. Ausgehend von der aufgrund des Streitwerts nach § 3 Abs. 1 aAnwGebV berechneten Grundgebühr von Fr. 46'400.-- berücksichtigte die Vorinstanz bei der Festlegung der Prozessentschädigung in massgeblicher Weise den Reduktionsgrund des summarischen Verfahrens nach § 7 aAnwGebV und berechnete andererseits aufgrund den von der Beklagten zusätzlich zur Klageantwort erstatteten Stellungnahmen zu neuen Vorbringen der Klägerin Zuschläge nach § 6 lit. c aAnwGebV. Angesichts der in Frage stehenden beträchtlichen vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten kann auch von einem Fall mit eher hohem Verantwortungsgrad gesprochen werden. Nicht zuletzt weist der von der Klägerin zur Diskussion gestellte Sachverhalt und ihre darauf gestützten Rechtsbehauptungen durchaus Komplexität auf, was sich in Anzahl und Umfang der Eingaben der Parteien niederschlägt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Teile des Prozessstoffes den Parteien bekannt waren und in früheren Prozessen bereits thematisiert wurden. Die der Beklagten zur (materiellen) Beantwor-

tung zugestellte Klageschrift vom 26. Januar 2010 (vgl. act. 4) umfasst 19 Seiten und 22 Beilagen (act. 1 und 3); die Klageantwort enthielt 35 Seiten und 10 Beilagen (act. 9). Es folgten von jeder Seite der Parteien drei weitere Stellungnahmen bzw. Noveneingaben (act. 15, 24, 28, 33, 37, 40). Indem die Vorinstanz die aufgrund des Streitwerts berechnete Gebühr auf Fr. 30'000.-- inklusive Zuschläge, mithin auf weniger als zwei Drittel reduzierte, hat sie ihr Ermessen nicht unterschritten, vielmehr eine Prozessentschädigung festgesetzt, die dem erheblichen Aufwand des Anwalts der Beklagten Rechnung trägt. Die der Beklagten zugesprochene Prozessentschädigung ist nicht herabzusetzen.

#### 4. Ergebnis / Kosten und Entschädigung

4.1. Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen. Die unterliegende Klägerin wird zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

4.2. Der Streitwert der Berufung beträgt im Sinne der vorstehenden Erwägungen ebenfalls Fr. 2'500'000.--. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV zunächst auf Fr. 30'000.-- festzusetzen und im Hinblick auf das Äquivalenzprinzip auf Fr. 15'000.-- zu kürzen. Gestützt auf §§ 4, 9 und 13 AnwGebV hat die Klägerin die Beklagte für das Berufungsverfahren mit Fr. 11'600.-- zu entschädigen (unter dem Titel summarisches Verfahren und Rechtsmittelverfahren um jeweils die Hälfte reduzierte Grundgebühr ohne Zuschlag). Ersatz der Mehrwertsteuer hat der Beklagte nicht verlangt (act. 71; ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab%2000)).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Bülach vom 17. März 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'000.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 11'600.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'500'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: